

INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL POR EL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DE BRASIL*

Marcelo FIGUEIREDO**

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El Supremo Tribunal Federal y la Constitución brasileña de 1988*.

I. INTRODUCCIÓN

Con el presente artículo, tenemos por objetivo responder a la cuestión propuesta en este seminario:¹

¿La interpretación, en cualquiera de sus modalidades, en particular la interpretación judicial constitucional, ha contribuido a la democratización? ¿Qué decisiones o casos relevantes han sido cruciales para impulsar la democratización?

Evidentemente, para responder estas cuestiones necesitamos circunscribir en el tiempo y en el espacio un periodo determinado, y enfocar nuestra atención en algunos casos que elegimos como los más significativos.

Como sabemos, el Supremo Tribunal Federal (STF) en Brasil es el órgano de cúpula del Poder Judicial, y también la última palabra jurisdiccional en materia de interpretación constitucional.

* Respecto a la evolución político constitucional de América del Sur en el periodo de 1976-2005", consultar la obra "La evolución político-constitucional de América del Sur 1976-2005" coordinada por Humberto Nogueira Alcalá, con presentación de Jorge Carpizo, Chile, Editora Librotecnia, 2009, en especial nuestro trabajo, en la misma obra, titulado, *La evolución político-constitucional de Brasil*, pp. 151-203.

** Abogado y profesor de Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica de San Pablo.

¹ Ribeiro Bastos, Celso, *Hermenéutica e interpretación constitucional*, 3a. ed.

Brasil adopta un sistema amplio de control de constitucionalidad, donde las personas tienen innumerables posibilidades de acceso a la jurisdicción constitucional. Pueden alegar la materia constitucional ante cualquier juez del país, ya sea en el polo activo, o en el polo pasivo (control difuso), y hay también el control concentrado (abstracto).

Por intermedio de él, determinadas organizaciones como partidos políticos con representación en el Congreso Nacional, el Consejo Federal del Orden de los Abogados de Brasil, el Presidente de la República, el Procurador General de la República, Gobernadores de Estado y confederaciones sindicales o entidades de clase de ámbito nacional pueden directamente provocar al Supremo Tribunal Federal, llevando una cuestión a su análisis.

Retornando a la cuestión inicial, enunciarnos cual sea el criterio o metodología utilizada para identificar tales decisiones del Supremo Tribunal Federal. Básicamente, fueron dos. El primero, temporal. Seleccionamos decisiones de 1988 hasta hoy, porque la Constitución marco del proceso de democratización en Brasil fue exactamente la Constitución de 1988. Así, salvo una única excepción, no analizamos la jurisprudencia anterior a 1988.

El segundo criterio fue pragmático. Escogimos decisiones que en la óptica del propio Supremo Tribunal Federal afectan, de un modo o de otro, el proceso democrático que la Constitución brasileña trata de defender y perfeccionar.²

² La Constitución brasileña de 1988, a ejemplo de los modelos portugués y español, enuncia en su artículo 1o. que la República Federativa de Brasil se constituye en Estado *democrático* de derecho y tiene como fundamentos la soberanía, la *ciudadanía* y la *dignidad* de la persona humana.

Así, es comprensible que existan decisiones judiciales que traten de combatir las violaciones al proceso democrático, resaltando y protegiendo los derechos fundamentales, la ciudadanía y la dignidad de la persona humana.

Es decir, violaciones de los derechos fundamentales de la persona humana en último análisis comprometen el ambiente y el *proceso democrático* delineado por la Constitución.

No parece ser el caso de enunciar, en detalles, cómo la *doctrina brasileña* enfrenta el tema de la *interpretación constitucional*, ya que el foco es la jurisprudencia. Sin embargo, para situar al lector, no podemos dejar de hacer breves consideraciones a ese respecto, o por lo menos referir cuáles son los métodos más citados en la doctrina brasileña, en el ítem referente a la interpretación constitucional.

Por fin, no es por casualidad que las decisiones seleccionadas, en su mayoría, conciernen a la aplicación, eficacia y posibilidad de ejecución de derechos fundamentales.

En relación con los métodos, hay mucha popularidad en Brasil de los métodos enumerados por Bockenforde: método hermenéutico clásico, método tópico-problemático, método científico-realista, método hermenéutico-concretizador. Véase, por todos, Paulo Benavides.³

De los portugueses, resaltamos siempre la gran influencia de Canotilho y Jorge Miranda;⁴ entre los alemanes, registramos la influencia de Hesse⁵ y Peter Haberle,⁶ Muller y Alexy.⁷

Tan importante como los métodos es la forma por la cual están siendo aplicados en Brasil, lo que llevó a Virgilio Afonso da Silva a criticar lo que llama “sincretismo metodológico”, característico de la actual fase de la discusión sobre interpretación constitucional, impidiendo que se avance en la discusión sobre el tema el hecho de que esos métodos sean apenas resumidamente explicados —no raramente con base apenas en la obra de Canotilho— sin que se llegue a ninguna conclusión sobre la rela-

Los autores contemporáneos brasileños insieren la interpretación constitucional como una especie del género interpretación jurídica. Ven en la interpretación constitucional una forma de concretar la propia voluntad constitucional.

La mayoría de los autores recuerda los llamados postulados o axiomas presentes en la interpretación constitucional. Son ellos: a) la supremacía de la constitución; b) la unidad de la constitución; c) el principio de la mayor efectividad posible; d) armonización.

³ *Curso de derecho constitucional*, 22a. ed., Sao Paulo, 2008. Malheiros Editores, Bonavides cita: a) el método tópico de interpretación constitucional, b) el método racionalista de concretización creado por la teoría material de la Constitución; c) el método concretista de inspiración tópica entre otros métodos y técnicas de control de la constitucionalidad.

⁴ Canotilho, J. J., *Derecho constitucional y teoría de la Constitución*, 5a. ed., Almedina, Coimbra y Miranda, Jorge, *Manual de derecho constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 6 vols.

⁵ *La fuerza normativa de la Constitución*, trad. de Gilmar Mendes, Porto Alegre, SAFE, 1991.

⁶ *Hermenéutica constitucional, La sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución*, trad. de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

⁷ Teoría de los derechos fundamentales, trad. de Virgilio Afonso da Silva, Malheiros Editores, 2008, véase también de Silva Virgilio, Afonso da, “Interpretación constitucional y sincretismo metodológico”, *Interpretación constitucional*, San Pablo, Malheiros Editores, 2005.

ción entre los diversos métodos, su aplicabilidad y, principalmente, sobre la compatibilidad entre sí.

Queda aquí apenas el registro de la existencia de los diversos cánones, axiomas, métodos y postulados, en su gran mayoría defendiendo la especificidad de la interpretación y aplicación de las normas y principios de derecho constitucional.

Parece haber una gran abertura a las lecciones de esos autores extranjeros, y de muchos otros, aunque no haya una proporcional cautelosa y prudente aproximación y adaptación a la realidad constitucional *brasileña* de sus lecciones.

Existen también autores que refuerzan la importancia de los principios y reglas constitucionales en un movimiento denominado “post-positivismo”, trayendo a colación autores norteamericanos y alemanes, como Ronald Dworkin, Ralws Alexy y Atienza.⁸

Como dijimos como “método” para responder a la cuestión inicialmente propuesta, fue pragmático. Destacamos las decisiones que, en la visión del propio Supremo Tribunal Federal, cuidan de vigilar, promover e implementar el ideal democrático en Brasil.

⁸ En ese sentido, véase Barroso, Luís Roberto, “Interpretación y Aplicación de la Constitución”, 6a. ed., San Pablo, Editora Saraiva, 2004 y Barcellos, Ana Paula de, *Ponderación, racionalidad y actividad jurisdiccional*, Río de Janeiro, Editora Renovar, 2005.

El profesor universitario de Economía de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Católica de Pernambuco distribuyó entre veintiséis alumnos, que habían asistido a clase para dar exámenes, un manifiesto contrario a la situación política vigente, sin incitación a la práctica de procesos violentos para la subversión del orden político, ni a la desobediencia colectiva o al cumplimiento de la ley.

Por eso fue preso y recibió denuncia por crímenes definidos en la ley de seguridad nacional, una legislación abiertamente favorable a la entonces dictadura militar.

Inconformado, ingresó con Hábeas-Corpus (40.910-PE) ante el Supremo Tribunal Federal, para impedir la acción penal, pues la denuncia narraría hechos que no constituían crímenes. La denuncia afirmaba que el profesor, en el ejercicio de su función, distribuyó a sus alumnos un manifiesto, con el fin de hacer propaganda de procesos violentos para la subversión del orden y propaganda de odio de clase, conducta que estaría en consonancia con las ideas comunistas del profesor, quien escribió en un pedazo de papel leyendas subversivas, “VIVA EL P.C.” (Partido Comunista).

II. EL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL Y LA CONSTITUCIÓN BRASILEÑA DE 1988

1. *Un caso anterior a 1988. Libertad de cátedra*

No se trata de retroceder en el tiempo y analizar decisiones anteriores a 1988, pues el escenario político varió enormemente con el transcurso del tiempo y con él, el propio Tribunal.

No gustaría apenas destacar —del periodo anterior— una única simple decisión que nos parece relevante, no sólo para destacar momentos de coraje del Supremo Tribunal Federal ante la entonces dictadura militar.

Corría 1964, como sabemos, año del golpe militar que en último análisis prolongó sus efectos por casi veinte años. Regía una legislación de excepción con normas protectivas del violento régimen político instalado.

Quien fuera contrario al régimen, o apenas su crítico, corría graves riesgos de ser procesado por la “ley de seguridad nacional”, preso, o hasta ejecutado, como ocurrió con muchos desaparecidos.

En el documento, el profesor hace crítica desfavorable a la situación política del país (1964), acentuando, al final, que a los estudiantes “les cabe una responsabilidad, una parcela de decisión de los destinos de la sociedad, y para esto tienen que optar entre “gorilizarse”,⁹ o permanecer

⁹ La expresión alude a la figura del “gorila” (animal), nombre peyorativo dado a los militares defensores o jefes del régimen de excepción que regía en aquella época en casi toda Latinoamérica.

La esperanza de un eventual progreso habría desaparecido. Más que eso, sería profundamente aburrido”.

Más adelante: “Una universidad es una especie de continua conversación socrática, al más alto nivel, con las mejores personas que se pueda imaginar y reunir, sobre las cuestiones más importantes, y se debe hacer lo posible para garantizar a tales hombres la libertad de pensar y de expresarse”.

Por su parte, el ministro Víctor Nunes Leal, en el mismo juicio, recordó el caso *Sweezy vs. New Hampshire*. El profesor Paul Sweezy, que se declaró socialista, pero no comunista, adversario de los procesos violentos de alteración del orden social y político, fue sometido a una investigación autorizada por la legislatura estadual, y de la que había quedado encargado el Ministerio Público del Estado.

En el curso de dicha investigación, fue interrogado, entre otras cosas, sobre conferencias que había proferido en el ámbito universitario. Negó que hubiera predicado la subversión del orden, pero se negó, por una cuestión de principios, a dar mayores explicaciones sobre el ejercicio de su magisterio.

seres humanos. A éstos les cabe la honra de defender la democracia y la libertad.

Fue concebido el hábeas corpus. Los siguientes extractos de los votos deben ser recordados. El Ministro Evandro Lins e Silva, recordó William O. Douglas, en la obra *The Right of the People*, combatiendo la ausencia de libertad de expresión en la Rusia Soviética y en China Comunista.

Mi tesis es que no hay libertad de expresión, en el sentido exacto del término, a menos que haya libertad para oponerse a los postulados esenciales en los que se asienta el régimen existente. El gobierno no puede privar a los ciudadanos de cualquier ramo de conocimiento, ni impedir cualquier camino para la pesquisa, ni prohibir cualquier tipo de debate. La prohibición se extiende a los debates particulares entre los ciudadanos, a los pronunciamientos públicos a través de cualquier medio de comunicación, o a la enseñanza en los salones de clases.

El espíritu de la libre pesquisa debe dominar en las escuelas y universidades.

A los profesores se les debe permitir la búsqueda de las ideas en todos los dominios.

No debe haber límites para tal discusión.

Y citando a Chafee: “Las universidades no deben ser transformadas, como en la Alemania nazista, en repetidoras de los hombres que detienen en poder político”.

Citando a Hutchins:

La civilización para la cual trabajo y estoy seguro de que trabajamos todos los americanos puede ser llamada la civilización del diálogo donde, en vez de disparar uno contra el otro cuando divergimos, debatimos los problemas, juntos. En este diálogo, no se puede tener la seguridad de que todos pensarán de la misma manera. Sería un atraso, si eso sucediera.

Al defenderse de la pena que le fue impuesta por *contempt of court*, declaró que no se valía de la cláusula de no incriminar, porque en la opinión pública norteamericana, por una distorsión explicable, quien se socorría de ese derecho quedaba inmediatamente bajo sospecha. Lo que él impugnaba, por lo tanto, era la propia ilegitimidad de la investigación oficial sobre la manera como se eximía de los deberes de la cátedra universitaria.

La crítica era desfavorable, pero no criminal. Teniendo en vista la libertad de cátedra, asegurada en la Constitución entonces vigente, se concedió el orden de hábeas-corpus por falta de justa causa para el procedimiento penal.

Decisiones como la arriba presentada desafiaban el régimen político y se constituían en una voz importante del Poder Judicial contra el Ejecutivo despótico, reafirmando la necesidad de un ambiente libre y democrático.

2. Los casos en el Supremo Tribunal Federal después de 1988

a) Libertad de manifestación del pensamiento, de creación, de expresión y de información. Imposibilidad de Restricción (ADI 869-2-DF, juzgada el 4 de agosto de 1999).

A pedido de la Asociación Nacional de Periódicos, el Procurador General de la República inició acción directa de inconstitucionalidad contra la parte final del § 2 del artículo 247 del Estatuto del Niño y del Adolescente, teniendo por objeto la expresión: “o la suspensión de la programación de la emisora hasta por dos días, así como de la publicación del periódico hasta por dos números”.

El artículo 247 disponía: “divulgar total o parcialmente, sin autorización debida, por cualquier medio de comunicación, nombre, acto o documento de procedimiento policial, administrativo o judicial relativo al niño o adolescente al que se atribuya acto de infracción:

Penal: multa de tres a veinte salarios de referencia, aplicándose el doble en caso de reincidencia.

§ 1 Incurrir en la misma pena quien exhibe, total o parcialmente, fotografía de niño o adolescente participante en acto de infracción, o cualquier ilustración a su respecto o que se refiera a actos que le sean atribuidos, de forma a permitir su identificación, directa o indirectamente.

§ 2. Si el hecho es practicado por órgano de la prensa o emisora de radio o televisión, además de la pena prevista en este artículo, la autoridad judicial podrá determinar la aprehensión de la publicación o la suspensión de la programación de la emisora hasta por dos días, así como de la publicación del periódico hasta por dos números”.

Se mantuvo que la Constitución de 1988 dispone en su artículo 5o. IX, que “es libre la expresión de las actividades intelectual, artística, científica y de comunicación, independientemente de censura o licencia”, desautorizando, expresamente, al legislador ordinario a oponer límites al prin-

cipio de la libre manifestación del pensamiento, inscribiendo, en el artículo 220, § 1, que “ninguna ley contendrá dispositivo que pueda constituir obstáculo a la plena libertad de información periodística en cualquier vehículo de comunicación social, observado lo dispuesto en el artículo 5o., IV, V, X, XIII y XIV, y todavía, al vedar en el § 2 “toda y cualquier censura de naturaleza política, ideológica y artística”.

Se afirma también que la propia ley de la prensa define detalladamente la responsabilidad penal por la práctica de ilícitos cometidos por los órganos de comunicación, la cual recae, siempre, en personas físicas, y no en un ente jurídico.

De ese modo, la aprehensión del periódico o la suspensión de su publicación son sanciones que no punen al “autor del escrito” o al responsable por la materia periodística incriminada. Punen, sí, tanto a los lectores (que se valen del periódico como un instrumento de información) como a la empresa propietaria del vehículo de comunicación.

Se afirma también que ofendido estaría el texto del artículo 5o. Inciso XLV, de la Constitución, según el cual ninguna pena pasará de la persona del condenado, y los principios de lo contradictorio, de la amplia defensa y del debido proceso legal estarían también violados con la norma impugnada.

El voto del ministro Ilmar Galvao acogió el pedido del procurador general de la República, juzgando inconstitucional la norma en cuestión (texto arriba en caracteres negritos) por entender que: a) la suspensión de la programación de radio y televisión por dos días, así como la de dos ediciones del periódico, no tiene fundamento en el interés social de garantizarle al niño y al adolescente el derecho a la dignidad y al respeto, o de ponerlos a salvo de explotación patrocinada por los medios, y b) introduce restricción previa a la libertad de prensa más grave que la censura de naturaleza política, ideológica y artística, expresamente vedada por el artículo 220, § 2 de la Constitución.

Es nítida la función social que desempeñan los órganos de comunicación social, incluso la prensa, constituyendo una poderosa defensa popular contra excesos del poder, denunciando con responsabilidad toda la información disponible para análisis de la opinión pública. Así, la decisión parece reforzar el papel de la prensa en Brasil y así consecuentemente, el proceso democrático.

b) Libertad de reunión y de manifestación pública. Limitaciones. La prohibición del uso de equipamientos de sonido en manifestaciones públicas, a título de mantener la tranquilidad durante la actividad laboral de los funcionarios públicos, lesiona o no el derecho de reunión previsto en el artículo 5o. inciso XVI, de la CF? (“todos pueden reunirse, pacíficamente, sin armas, en locales abiertos al público, independientemente de autorización, siempre y cuando no frustren otra reunión anteriormente convocada para el mismo local, siendo apenas exigido previo aviso a autoridad competente”) (acción directa de inconstitucionalidad 1969-Medida Cautelar, relator ministro Marco Aurélio, decisión del 24 de marzo de 1999).

Tres confederaciones nacionales de trabajadores y el Partido de los Trabajadores iniciaron acción directa de inconstitucionalidad contra el Decreto 20.098/99, emitido por el gobernador del Distrito Federal, que vedaba la realización de manifestaciones públicas con la utilización de autos, aparatos y objetos sonoros en el área gubernamental de Brasilia, y en las vías adyacentes.

La acción (cautelar) fue juzgada procedente para suspender, hasta decisión final, la ejecución y la aplicabilidad del Decreto 20.098/99, al argumento de que la norma del artículo 5o., inciso XVI es autoaplicable, independe de reglamentación.

Argumentó el Relator que el derecho de reunión está asociado inseparablemente a otro, de la mayor importancia en sociedades que se dicen democráticas, o vinculado a la manifestación del pensamiento. La reunión prevista en el precepto constitucional no está limitada a aquellas que se muestran silenciosas. Al contrario, la razón de ser del precepto está en la transmisión de ideas, poco importando digan ellas respecto a aspectos religiosos, culturales o políticos.

Recordó todavía Hugo Lafayette Black la Primera Enmienda en EUA, trayendo lección de Aba Fortas:

Nuestra Constitución protege, dentro de límites muy amplios, el derecho de protestar y discordar. Generosamente protege el derecho de las personas a organizarse para protestar y discordar. Ampliamente protege el derecho de reunión, de picket, de manifestaciones o demostraciones de masa popular, siempre que tales actividades sean pacíficas y que los manifestantes cumplan los justos reglamentos exigidos para la protección del público en general.

...Así, el ciudadano tiene protegido por la constitución el derecho de crítica, aunque descomedida; de protesta, aunque violento, de traer a otros a su causa y, en conjunto, de reunirse pacíficamente. El Estado debe no sólo respetar estos derechos, sino también abstenerse de punir su ejercicio. El Estado está obligado, si fuere necesario, a enviar tropas policiales o militares para proteger la manifestación...

c) Alcance de la expresión —“crimen de racismo”— ¿Los judíos son, o no, una raza, al considerar el crimen de discriminación por medio del cual el acusado fue condenado como delito de racismo? HC 82424, juzgado el 17 de setiembre de 2003. Libertad de expresión.

El acusado, escritor y socio de editora, fue condenado por el crimen de discriminación contra los judíos por editar, distribuir y vender exclusivamente obras antisemitas. Absuelto en primera instancia, la condena del acusado sólo fue posible por haber sido impedida la prescripción del crimen con fundamento en el artículo 5o., XLII, de la Constitución Federal, que determina que: “La práctica del racismo constituye crimen no afianzable e imprescriptible, sujeto a la pena de reclusión, en los términos de la ley”.

La denuncia que dio origen a la acción penal se calcó en la imputación al paciente del crimen de racismo, artículo 20 de la Ley 8.081/90: “Practicar, inducir o incitar, por los medios de comunicación social o por publicación de cualquier naturaleza, la discriminación o prejuicio de raza, por religión, etnia o procedencia nacional”.

De ella consta la edición y distribución de obras de autores brasileños y extranjeros con mensajes antisemitas, visando incitar e inducir la discriminación racial, sembrando en los lectores sentimientos de odio, desprecio y prejuicio contra el pueblo de origen judaico.

En primera instancia, el pedido formulado por el Ministerio Público fue juzgado improcedente, consignándose, en sentencia, el ejercicio de la libertad de expresión.

El Tribunal de Justicia del Estado de Río Grande do Sul proveyó el recurso del Ministerio Público, condenando al paciente a la pena de reclusión de dos años, con sursis por cuatro años y a la destrucción del material aprehendido. La decisión quedó así enmendada:

Racismo. Edición y venta de libros haciendo apología de ideas prejuiciosas y discriminatorias. Artículo 20 de la Ley 7.716/89. Límites constitucio-

nales de la libertad de expresión. Crimen imprescriptible. Sentencia absolutoria reformada.

En el Superior Tribunal de Justicia, vencido el ministro Edson Vidigal, la impetración del hábeas-corpus no fructificó. Entendió el Tribunal que la condenación fue correcta por crimen contra la comunidad judaica y que el argumento según el cual los judíos no serían una raza, no podría ser aceptado para conceder el hábeas corpus.

Inconformado, el paciente fue al Supremo Tribunal Federal, sustentando que fue condenado por el crimen de discriminación contra judíos, tipificado en la Ley 7.716/89, con la redacción de la Ley 8.081/90, y no por el de racismo, este sí, imprescriptible, de acuerdo con el artículo 5o., inciso XLII, de la CF. Alega que no revelando los judíos la existencia de una “raza”, al paciente le fue erróneamente imputado el crimen de “racismo”.

El relator, ministro Moreira Alves, votó en el sentido de la procedencia de los argumentos traídos por los impetrantes, asentando no formar los judíos una raza, quedando descartada, así, la hipótesis constitucional de la imprescriptibilidad. Mencionó conferencia proferida el 15 de febrero de 1998 por el rabino Henry I. Sobel:

Existen judíos de toda especie: blancos y negros, orientales y occidentales, hablando una infinidad de idiomas diferentes.

No obstante, los judíos se consideran verdaderos hermanos, unidos por fuertes lazos de afinidad, lazos estos tal vez más místicos que racionales. Los historiadores y sociólogos nunca lograron encuadrar a los judíos en ninguna de las categorías convencionales. Los judíos obviamente no constituyen una raza, pues raza es una designación biológica; tampoco son apenas adeptos de una misma religión, aunque ciertamente profesen la religión judía; tampoco se puede describirlos únicamente como “nación”, aunque la identidad judaica tiene indudablemente un componente de carácter nacional. El problema generalmente se resuelve a través del término “pueblo”.

Entendió el relator que, encuadrado el crimen como discriminación contra el pueblo judío, y no como racismo, la prescripción de la pretensión punitiva ya habría sucedido.

El ministro Carlos Britto, que al considerar el principio de la libertad de expresión y los parámetros de la impetración afirmó que no es crimen tejer una ideología, pero el hecho es que tal convicción (de rever la histo-

ria), y consecuente militancia, tiene a respaldarla a la propia Constitución Federal. Ya sea porque ella hace referencia al pluralismo político, uno de los fundamentos de la República Federativa de Brasil (inciso V del artículo 1o.), o porque impide la privación de derechos por motivo, justamente, de convicción política o filosófica (inciso VIII del artículo 5o.).

El ministro Marco Aurélio repasa las principales constituciones históricas (de Virginia, 1776, Francia, 1787), además de innumerables documentos internacionales, hasta llegar al Pacto de San José de Costa Rica, con la Convención Americana de Derechos Humanos, para resaltar la libertad de pensamiento y de expresión. Esta comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideraciones ni fronteras.

Recordó la Inquisición y el Papa Paulo III (Contra-Reforma), movimiento en el cual se adoptaba una serie de medidas con el objetivo de contener el progreso del protestantismo, como la congregación del Index, cuya finalidad era la comunicación de lista de los libros contrarios a la doctrina católica —*In dex livrorum prohibitorum*— y, por consiguiente, prohibidos para los cristianos, para evitar que ideas heréticas corrompiesen el espíritu de los fieles.

Recordó que tamaña violencia no fue apenas intelectual, sino que resbaló a la física: a los escritores considerados herejes, cabría el juicio por el Tribunal de la Inquisición y, condenados, morirían quemados en las hogueras.

Entendió que la cuestión, en síntesis, se resumía al intrincado problema de la colisión entre los principios de la libertad de expresión y de la protección a la dignidad del pueblo judío.

Y que los derechos fundamentales se localizan en la estructura de apoyo y de eficacia del principio democrático. En ese contexto, el específico derecho fundamental de la libertad de expresión ejerce un papel de externa relevancia, irreemplazable, en sus más variadas facetas: derecho de discurso, derecho de opinión, derecho de prensa, derecho a la información y a la prohibición de censura.

Y es por medio de ese derecho que ocurre la participación democrática, la posibilidad de que las más diferentes e inusitadas opiniones sean externadas en forma abierta, sin el temor de que, con ello, se contrarie la opinión del propio Estado, o hasta la opinión de la mayoría. Es así que se

construye una sociedad libre y plural, con diversas corrientes de ideas, ideologías, pensamientos y opiniones políticas.

Citó también diversos precedentes de la Suprema Corte Americana, en hipótesis evidenciantes de verdaderas colisiones de derechos fundamentales, habiendo aquella Corte optado por la primacía de la libertad de expresión, aun cuando resultara en provocación a los valores culturales vigentes (por ejemplo, pornografía, en el caso “Miller vs. California”), o en falta de respeto a la imagen de autoridades y personas públicas, como en el caso “Falwell vs. Hustler Magazine”.

Afirmó que estaría configurado el crimen de racismo si el paciente, en vez de publicar un libro en el cual, expuestas sus ideas acerca de la relación entre los judíos y los alemanes en la Segunda Guerra Mundial, como en la especie, distribuyera panfletos en las calles con leyendas del tipo “muerte a los judíos”, “vamos a expulsar a estos judíos del País”, “empuñen armas y vamos a exterminarlos”. Pero nada de eso sucedió, el paciente se restringió a escribir y a difundir la versión de la historia vista con los propios ojos. Y lo hizo a partir de una pesquisa científica con los elementos peculiares, tales como método, objeto, hipótesis, justificativa teórica, fotografías, documentos de los más diversos órdenes, citaciones.

Cita todavía diversos precedentes de cortes europeas para al final, conceder la orden y asentar la inexistencia del crimen de racismo, acogiendo la prescripción, como hicieron los ministros Moreira Alves y Carlos Britto.

Por su parte, el ministro Mauricio Correa, en su voto-vista, afirmó que no se puede prestar aisladamente el significado usual de raza como expresión simplemente biológica, debiéndose llevar en consideración las diversas acepciones y que el término se somete, incluyéndose ahí la antropológica y la sociológica. Además, la experiencia genética ha venido señalando que el concepto tradicional de raza —negros, blancos y amarillos— no puede más ser considerado. Subrayó también que la discusión de si los judíos se constituyen, o no, una raza, pierde sentido, en la medida en que quien discrimina lo está haciendo como una raza, promoviendo e incitando la segregación. Así se configura más relevante el concepto antropológico, que el científico. La existencia de diversas razas resulta de mera concepción histórica, política y social, siendo ella a ser considerada en la aplicación del derecho.

Entendió, por lo tanto, el ministro Mauricio Correa, que el antisemitismo constituye forma de racismo y, en consecuencia, crimen imprescriptible, ya sea porque el concepto de raza no puede ser resumido a la semejanza de meras características físicas, o porque tal movimiento ve a los judíos como una raza, aunque esta concepción sea bajo la óptica social y política. En la misma línea, afirmó el ministro Celso de Mello.

El ministro Gilmar Ferreira Mendes recuerda a Norberto Bobbio y la fenomenología del racismo (Elogio de la Serenidad), cita precedente de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América (*Shaare Tefila Congregation vs. Cobb*, US 615), y de la Cámara de los Lords en Inglaterra (*Mandla y Dowell Lee*), para afirmar que el racismo, tal como fenómeno social e histórico complejo, no puede tener su contenido jurídico delineado a partir del referencial “raza”. Se cuida aquí un concepto pseudo-científico notoriamente superado. No están superadas, sin embargo, las manifestaciones racistas aquí entendidas como aquellas manifestaciones discriminatorias asentadas en referencias de índole racial (color, religión, aspectos étnicos, nacionalidad, etcétera).

Recordó a Kevin Boyle (*Hate Speech*) y a los países europeos que adoptaron diferentes modelos de legislación para considerar crimen la banalización o la negación de los hechos históricos del holocausto, o la justificación del genocidio nacional-socialista, y que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no da protección a la práctica de racismo al argumento de protección del derecho de la libertad de expresión.

Por fin, entiende que la condenación del acusado es medida que atiende plenamente el principio de la proporcionalidad.

El ministro Carlos Velloso, después de hacer una larga exposición acerca de los derechos humanos y el constitucionalismo en el mundo contemporáneo, afirma que una de las formas más odiosas de falta de respeto a los derechos de la persona humana es aquella que se basa en el prejuicio relativamente a las minorías, y que se revela en el practicar o incitar a la práctica de actos y sentimientos hostiles en relación a los negros, a los indios, a los judíos, a los árabes, a los gitanos, etcétera.

Recuerda que el secuenciamiento del genoma humano demuestra que no hay que hablar de raza en términos biológicos, puesto que hay apenas una raza, la del *homo sapiens*, la raza humana. Sin embargo, el hecho no excluye el derecho a la diversidad de individuos y grupos. El racismo está situado exactamente en las ideologías y actitudes prejuiciosas, en el

comportamiento discriminatorio que lleva a la desigualdad racial, siendo el caso de los autos.

Por fin, afirma que la incitación al odio público contra el pueblo judío no está protegida por la cláusula constitucional que asegura la libertad de expresión, por dos razones. La una, porque las publicaciones no se comportan en el campo estrictamente científico, sino que adquieren carácter panfletario, estimulando la intolerancia. La dos, porque si hay conflicto aparente de derechos fundamentales, la cuestión se resuelve por la prevalencia del derecho que mejor realiza el sistema de protección de los derechos y garantías inscritos en la Ley Mayor.

El Tribunal por mayoría decidió que el racismo es, antes de todo, una realidad social y política, condenado el acusado, denegando el orden de *habeas corpus*.

Se ve en ese caso que la utilización de jurisprudencia de la doctrina y legislación extranjeras fueron decisivas para el entendimiento final de la Corte.

d) Tributario, expresiones y vocablos. Sentido. Necesidad de que el texto se adapte a las necesidades históricas de la evolución socioeconómica, según vocación de abertura permanente (RE 390.840-5).

Se cuida juicio que tiene por objeto la cuestión de la constitucionalidad del aumento de una contribución social (tributo). La recurrente alega que tal aumento ampliaría indebidamente la noción del sustantivo “facturación”, presente en el artículo 195, I, § 4o., que exige ley complementaria, así como hipótesis de incidencia y base de cálculo diversas de las previstas en la Constitución y que sean no acumulativas.

La cuestión tributaria no es el foco de nuestra preocupación. Lo que entendemos interesante y para ello llamamos la atención del lector, es exactamente la conclusión del juicio donde se deja clara la necesidad de abertura del texto constitucional para el intérprete.

Afirma el relator, ministro Marco Aurélio:

La Constitución Federal no explicita el sentido ni el alcance de la palabra *facturación*, como tampoco lo hace en relación a “tributo”, “propiedad”, “familia”, “libertad”, “vida”, “crimen”, “ciudadano”, “sufragio”, etcétera, O sea, no hay, en el texto constitucional, predefinición o conceptualización formal de los términos allí usados, ni sería conveniente que lo hubiera en todos los casos, pues el texto debe adaptarse a las necesidades históricas de la evolución socioeconómica, según su vocación de abertura permanente.

Dice todavía: De esa flexibilidad constitucional ante las mutaciones culturales, es célebre el ejemplo de los conceptos jurídicos de “ciudadano” y “propiedad”, en los Estados Unidos de América. En el famoso caso *Dred Scott vs. Sandford* (1857), la Suprema Corte americana decidió que el autor no era “ciudadano” por ser “esclavo”. Como esclavo, era objeto de propiedad y, por lo tanto, no era titular de ninguno de los derechos reconocidos a los ciudadanos americanos, entre los cuales el de acceso al Poder Judicial. A pesar de la subsistencia léxica del texto constitucional americano, tal decisión sería hoy inadmisibles, si no inconcebible según el espíritu del tiempo.

Recuerdo el ministro Marco Aurélio Saussure al decir que nadie puede dudar que el término (signo lingüístico) no resulta de la naturaleza del objeto (significado), sino que es estipulado arbitrariamente por los usuarios del lenguaje, mediante consenso construido a lo largo de la historia, en torno de un código implícito de uso.

Las palabras (signos), así en el lenguaje natural, como en el técnico, de ambos los cuales se vale el derecho positivo para la construcción del tejido normativo, son potencialmente vacías, esto es, tienen un campo de referencia indefinido consistente en un foco o zona central y una nebulosa de incertidumbre. Pero eso también significa que, por mayores que sean tales imprecisiones, hay siempre un límite de resistencia, un contenido semántico mínimo reconocible a cada vocablo, para más allá del cual, parafraseando a ECO, el intérprete no está “autorizado a decir que el mensaje puede significar alguna cosa. Puede significar muchas cosas, pero hay sentidos que sería despropositado sugerir”.

Trajimos a colación la decisión, para mostrar también la abertura del Supremo Tribunal Federal a la teoría del lenguaje en la interpretación constitucional.

e) El artículo 2o., §1 de la Ley 8.072/90, que determina que la pena de crimen hediondo será cumplida integralmente en régimen cerrado, ¿hiere o no el derecho a la individualización de la pena previsto en el artículo 5o., inciso XLVI, de la Constitución Federal? (HC 82.959-7).

El acusado fue condenado a pena de doce años y tres meses de reclusión por la práctica de crimen hediondo por haber molestado sexualmente a tres niños, pena a ser cumplida íntegramente en régimen cerrado con base en la Ley 8.072/90.

Argumentó el condenado que el crimen por el cual había sido condenado no podría ser considerado hediondo, ya que de él no había resultado lesión corporal grave e ni muerte. Afirmó también la inconstitucionalidad del artículo 2o., § 1 de la Ley 8.072/90, que veda la progresión de régimen, agregando, en alternativa, que tal norma había sido revocada por la Ley 9.455/97.

La cuestión fue muy bien resumida por el ministro Gilmar Mendes, para quien es preciso saber si se está delante de un derecho fundamental a la individualización de la pena, y no de una mera orientación general al legislador —hasta porque para eso impropia sería la inclusión del dispositivo en el elenco de los derechos fundamentales— entonces hay que pensar sobre el límite a la acción del legislador en la especie.

En otras palabras, hay que indagar si el legislador podría, teniendo en vista la naturaleza del delito, prescribir, como lo hizo en la especie, que la pena privativa de libertad sería cumplida integralmente en régimen cerrado, o sea, si en la autorización para intervención en el ámbito de protección de ese derecho, está implícita la posibilidad de eliminar cualquier progresividad en la ejecución de la pena.

Esa indagación nos remite a discusión de otro tema sensible de la dogmática de los derechos fundamentales, que es el de la identificación de un núcleo esencial como límite del límite para el legislador.

El ministro Gilmar Mendes, cuya formación intelectual sufre gran influencia germánica, trae así a colación la doctrina de aquel país (Herbert, Richard Thomas, Marin, Wolff, Carl Schmitt, Triepel, Hesse, entre otros), para su decisión.

Afirma que existen diferentes posiciones dogmáticas sobre la protección del núcleo esencial, a saber:

1. Los adeptos de la llamada teoría absoluta entienden que el núcleo esencial de los derechos fundamentales como unidad sustancial autónoma que, independientemente de cualquier situación concreta estaría a salvo de eventual decisión legislativa. Esa concepción adopta una interpretación material, según la cual existe un espacio interior libre de cualquier intervención estadual. Habría un espacio que sería susceptible de limitación por parte del legislador; otro sería no-susceptible de limitación. En ese caso, además de la exigencia de justificación, imprescindible en cualquier hipótesis, se tendría un “límite del límite” a la propia acción legislativa, consistente en la identificación de un espacio no-susceptible de regulación;

2. Los adeptos de la llamada teoría relativa entienden que el núcleo esencial ha de ser definido para cada caso, teniendo en vista el objetivo perseguido por la norma de carácter restrictivo. El núcleo esencial sería determinado mediante la utilización de un proceso de ponderación entre medios y fines, con base en el principio de la proporcionalidad. El núcleo esencial sería aquel mínimo no-susceptible de restricción o reducción con base en ese proceso de ponderación. Según esa concepción, la protección del núcleo esencial tendría significado marcadamente declaratorio.

Tanto una teoría como la otra pretenden asegurar una mayor protección de los derechos fundamentales, en la medida en que buscan preservar los derechos fundamentales contra una acción legislativa desrazonable.

Después de hacer observaciones críticas acerca de ambas teorías y sus dificultades de aplicación, entiende que el modelo adoptado por la Ley 8.072/90 hace tabula rasa del derecho a la individualización, en lo que concierne a los llamados crímenes hediondos, dejando de lado el principio de la proporcionalidad en la acepción de la (in)necesidad de la medida, en tanto que instrumento de combate a la criminalidad.

El tribunal, por mayoría, declaró la inconstitucionalidad del artículo 2o., § 1 de la Ley 8.072/90, por entender que la prohibición de progresión del régimen no permite que sean consideradas las particularidades de cada persona, su capacidad de reintegración social y los esfuerzos realizados con la finalidad de su resocialización, lo que tornaría inocuo el dispositivo constitucional de la individualización de la pena. Tuvieron cinco votos disidentes que entendían que la norma analizada era constitucional.

f) Posición de los Tratados de Derechos Humanos en el Ordenamiento Jurídico Brasileño. Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y Convención Americana sobre Derechos Humanos–Pacto de San José de Costa Rica, ratificados, sin reserva, por Brasil, en el año de 1992. Nueva Orientación del Supremo Tribunal Federal. Tales diplomas internacionales de derechos internacionales están debajo de la Constitución, pero arriba de la legislación interna (HC 95967).

El presente hábeas corpus cubre la temática de la in(admisibilidad) de la prisión civil del depositario infiel en el ordenamiento jurídico brasileño en el periodo posterior al ingreso del Pacto de San José de Costa Rica en el derecho nacional.

En el juicio colegiado del HC, en el Superior Tribunal de Justicia (STJ), se consideró admisible la prisión civil del depositario judicial, siendo que el

foco de la discusión se resumió en la naturaleza del vínculo contractual existente (si contrato de depósito o contrato de mutuo).

Ocurre que el Supremo Tribunal Federal (STF) en lo que respecta a la temática de la prisión civil del depositario infiel, se afilió a orientación acerca de la inexistencia de sustentación jurídica para prisión civil del depositario infiel.

En el voto del Relator se destacó el carácter especial del Pacto Internacional de los Derechos Civiles Políticos (artículo 11) y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos–Pacto de San José de Costa Rica (artículo 7o., 7), bien que a esos diplomas internacionales sobre derechos humanos esté reservado el lugar específico en el ordenamiento jurídico, estando debajo de la Constitución, pero arriba de la legislación interna. Concluyó, así, que el status normativo supralegal de los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por Brasil torna inaplicable la legislación infraconstitucional con él en conflicto, sea ella anterior o posterior al acto de ratificación.

Este caso reveló una importante disposición del Supremo Tribunal Federal a establecer un diálogo constitucional con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, comprendiendo que la protección internacional de los derechos humanos debe ser acogida por cualquier Tribunal, evitando conflictos entre los diversos órdenes jurídicos en cuestión.

g) Fiscalización tributaria. Apreensión de libros contables y documentos fiscales realizada en oficina de contabilidad, por agentes de la Hacienda y policías federales sin mandato judicial. Inadmisibilidad. Espacio Privado, no abierto al Público, sujeto a la protección constitucional de la inviolabilidad domiciliar (artículo 5o., XI). Subsunción del concepto normativo de “casa”. Necesidad de orden judicial. Administración pública y fiscalización tributaria, deber de observancia de los límites jurídicos constitucionales. Imposibilidad de utilización, por el Ministerio Público, de prueba obtenida con transgresión a la garantía de la Inviolabilidad domiciliar-prueba ilícita-inidoneidad jurídica. Hábeas corpus deferido (JC 93.050-6).

Entre otros aspectos, nos interesa destacar en este juicio especialmente la cuestión de la utilización de la doctrina de los frutos del árbol envenenado (“Fruits of the Poisonous Tree”). La cuestión de la ilicitud por derivación.

Decidió el Supremo Tribunal Federal en este caso que nadie puede ser investigado, denunciado ni condenado con base, únicamente, en pruebas ilícitas, ya sea que se trate de ilicitud originaria, o que se cuide de ilicitud por derivación. Cualquier nuevo dato probatorio, aunque producido, de modo válido, en momento subsecuente, no puede apoyarse, no puede tener fundamento causal ni derivar de prueba comprometida por la mácula de ilicitud originaria.

Apoyó su decisión en la “teoría de los frutos del árbol envenenado”, como sabemos desarrollada en los Estados Unidos de América. La cuestión de la fuente autónoma de prueba (“an independent source”) y su desvinculación causal de la prueba ilícitamente obtenida tiene como fundamento los casos “Silversthorne Luber Co vs. United States (1920), Segura vs. United States (1984), Nix vs. Williaams (1984); Murray vs. United States (1988).

Hay noticia de que la Suprema Corte Norteamericana habría recientemente alterado ese entendimiento en el caso *Herring vs. United States* del 14 de enero de 2009, así redactado:

When police mistakes leading to an unlawful search are the result of isolated negligence attenuated from the search, rather than systemic error or reckless disregard of constitutional requirements, the exclusionary rule does not apply. The fact that a search or arrest was unreasonable does not necessarily mean that the exclusionary rule applies.

h) Medida cautelar en acción directa de inconstitucionalidad. Competencia normativa–Comercio de producto (Amianto). Ley Estadual Prohibiendo la comercialización, producción, transporte de amianto en el Estado de Sao Paulo. Cuestión Federativa. Ley Federal Permitiendo la Comercialización. Aparente Conflicto. Liminar Concedida por el Relator para suspender la Ley Estadual. Plenario que niega referendo a la liminar (MC en ADI 3.937-7).

Existían en el Supremo Tribunal Federal diversas acciones directas de inconstitucionalidad contra leyes estatales que tratan de la comercialización del amianto. Gran parte de las variedades del amianto ya está prohibida en Brasil. Hay, no obstante, una ley federal que autoriza el uso de una especie de amianto llamada “crisotila”, en todo el territorio nacional (artículo 2o. de la Ley 9.055/95).

Hay diversas cuestiones jurídicas envueltas en este juicio. La primera dice respecto al tema de las competencias. En la ADIN 2.656, el Tribunal juzgó procedente la acción, al fundamento de que el amianto haría parte del rol de competencias exclusivas de la Unión, y que habría ausencia de cualquier interés local a fundamentar la legislación estadual.

Se alegó todavía en este juicio (3937), que los estados de la federación han legislado de forma contraria a la Constitución. El Min. Joaquim Barbosa no cree que las normas estaduais sean inconstitucionales porque: *a)* la Convención 162, de la OIT, promulgada por el Decreto 126, del 22 de mayo de 1991, determina que Brasil debe desarrollar e implementar medidas para proteger al trabajador expuesto al amianto; *b)* la Convención es una norma protectora de derechos fundamentales, en especial el derecho a la salud y el derecho al medio ambiente equilibrado. También busca el principio de la dignidad de la persona humana y del orden económico fundado en la valorización del trabajo humano, justicia social y defensa del medio ambiente.

Es decir, se puede analizar el contenido de la competencia legislativa de los estados, a la luz del contenido de la Convención, que tiene status de norma supralegal e infraconstitucional. Si Brasil asumió, en el plano internacional, el compromiso de substituir progresivamente la utilización del amianto crisotila, ese compromiso debe ser ejecutado también en el plano interno, por todos y cada uno de los miembros de la Federación.

No tendría sentido de que la Unión asumiera compromisos internacionales que no tuvieran eficacia para los estados (miembros) y municipios. Al actuar en el plano internacional, Brasil estaría comprometido con los tratados de derechos humanos. En el plano interno, enfrente a los estados y municipios, estaría libre de esos compromisos, lo que sería inadmisibile.

Recordó asimismo el ministro Joaquim Barbosa, lo decidido por la Corte Europea de Derechos Humanos en la decisión *Vermeira v Bélgica* (1991), en la que se rechazó el argumento del gobierno belga de que la adecuación del orden jurídico interno a una decisión de la Corte apenas podría ser realizada por medio de la aprobación de una ley por el Parlamento. Se trataba, en el caso, de la revisión del Código Civil belga para extender el derecho de suceder a los hijos nacidos fuera del vínculo matrimonial. En sus conclusiones, la Corte indicó que la “libertad” de acción concedida a los Estados para promover la adecuación del orden jurídico interno a un tratado de derechos humanos (Convención Europea de

los Derechos Humanos) no podría significar la suspensión de la aplicación de la convención, mientras espera que tal reforma sea completada”.

Citó todavía el ministro como razón de decidir precedentes norteamericanos (*City of Philadelphia vs. New Jersey*, 437 US 617, juzgado el 23 de junio de 1978), donde la Suprema Corte de los EUA consideró inválida una ley estadual que había prohibido la entrada, en el estado de New Jersey, de deyectos líquidos o sólidos provenientes de otros estados. Posteriormente, sin embargo, la Suprema Corte cedió al argumento de la validez de la prohibición fundada en razones de salud pública, al apreciar la legislación del Maine, que prohibía el comercio de determinadas especies de peces de agua dulce en el territorio estadual (*Maine v. Taylor*, 477, U.S. 131, juzgado el 23 de junio de 1986). En aquel caso, la Suprema Corte norteamericana entendió que el estado había conseguido demostrar que la prohibición atendía un interés local legítimo y que este interés no podría ser atendido por ninguna otra especie de medida no discriminatoria.

El ministro se negó a referendar la cautelar de su colega Relator, manteniendo la ley estadual íntegra.

El ministro Eros Roberto Grau entendió que la ley federal era inconstitucional ante el artículo 196 de la CF, al autorizar el uso del amianto.

El ministro Ricardo Lewandowski entendió que la competencia en la materia es concurrente a la luz del artículo 24, incisos VI y XII de la CF, indefiniendo la medida cautelar.

El ministro Carlos Ayres Britto acompañó al Ministro Joaquim Barbosa, al afirmar que la legislación estadual estaba más próxima de los designios constitucionales, negando referendo a la cautelar.

Regístrese asimismo la importante participación de diversos *Amicus curiae* como La Asociación Brasileña de los Expuestos al Amianto, Abrea, y la Asociación Brasileña de las Industrias y Distribuidores de Productos de Fibrocemento, Abifibro.

i) Estatuto del Desarmamiento—Ley Federal 10.826/03 (ADI 3.112-1, del 2/5/2007). Reconocimiento de Inconstitucionalidad alusivo a dos puntos. 1) La prohibición de establecimiento de fianza para los delitos de “porte ilegal de arma de fuego de uso permitido” y de “disparo de arma de fuego”, se muestra desrazonable, por cuanto son crímenes de mera conducta, que no se equiparan a los crímenes que acarrear lesión o amenaza de lesión a la vida o a la libertad. 2) No-susceptibilidad de libertad

provisoria cuanto a los delitos enumerados en los artículos 16, 17 y 18. Inconstitucionalidad reconocida, visto que el texto magno no autoriza la prisión *ex lege*, ante los principios de la presunción de la inocencia y de la obligatoriedad de fundamentación de las órdenes de prisión por la autoridad judicial competente.

El ministro Ricardo Lewandowski, relator del caso, recordó que la edición del Estatuto del Desarme, que resultó de la conjugación de la voluntad política del Ejecutivo con la del Legislativo, representó una respuesta del Estado y de la sociedad civil a la situación de extrema gravedad por la cual pasaba —y aún pasa— el país, en lo tocante al asustador aumento de la violencia y de la criminalidad, sobre todo en relación al dramático incremento del número de muertes por armas de fuego entre los jóvenes.

Recordó que la preocupación con el tema tan importante encuentra repercusión también en el ámbito de la comunidad internacional, pues la Organización de las Naciones Unidas, después de conferencia realizada en Nueva York, entre el 9 y el 20 de julio de 2001, lanzó el “Programa de Acción para Prevenir, Combatir y Erradicar el Comercio Ilícito de Armas de Pequeño Porte y Armamentos Leves en todos sus Aspectos”. Brasil ha colaborado con los esfuerzos de la ONU en ese campo, recordándose que el Congreso Nacional aprobó, en fecha reciente, por medio del Decreto Legislativo 36, de 2006, el texto del “Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícito de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, complementando la Convención de las Naciones Unidas contra el Crimen Organizado Transnacional, adoptado por la Asamblea General el 31 de mayo de 2001, y firmado por Brasil el 11 de julio de 2001”.

Rechazó la alegación de la inconstitucionalidad que sustentaba ofensa al derecho de propiedad cuanto a la obligación de renovarse periódicamente el registro de las armas de fuego, en los términos del artículo 5o., §§ 2 y 3, así como en lo tocante al pago de la tasa correspondiente, instituida en el artículo 11. Se agrega al argumento, que el “Estado acabaría determinando quien puede o no ejercer la legítima defensa, que, por el caput del artículo 5o. de la Constitución Federal, es de todos los ciudadanos”.

Invocó la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Alemania, para el cual el derecho de propiedad corresponde a una “libertad acuñada normativamente”, poseyendo los bienes privados en faz jurídico-objeti-

va, consubstanciada en la garantía de su institución, y una dimensión jurídico-subjetiva, caracterizada por una garantía de subsistencia de la propiedad.

Pero es justamente porque se reconoce al Poder Público —tal como se da en nuestro ordenamiento jurídico— la posibilidad de intervenir en la esfera dominial privada, que aquella Corte entiende que la garantía de subsistencia de la propiedad, en determinadas circunstancias, puede transformarse en garantía del valor de la propiedad.

Es decir, todas las veces en que la regencia normativa del derecho de propiedad permita la invasión de la esfera dominial privada por el Estado, frente al interés público, ese derecho se resumirá a la percepción de justa y adecuada indemnización por el propietario. Como ese derecho se encuentra expresamente previsto en el artículo 31 del Estatuto del Desarme, no hay que pensar en violación del artículo 5o., XXII, de la Constitución Federal.

Se entendió que la prisión obligatoria (*ex lege*), prevista en el Estatuto del Desarme, hiere los principios constitucionales de la amplia defensa y de lo contradictorio que abrigan un conjunto de derechos y facultades, los cuales pueden ser ejercidos en todas las instancias jurisdiccionales, hasta su agotamiento.

El magistrado puede, fundamentalmente, decretar la prisión cautelar, antes del tránsito en juicio de la condenación, si presentes los presupuestos autorizadores, que son básicamente los de la prisión preventiva, previstos en el artículo 312 del Código de Proceso Penal. Es decir, cumple que el juez demuestre, como en toda cautelar, la presencia del *fumus boni iuris*, y del *periculum in mora* o, en el caso, del *periculum libertatis*.

El ministro Gilmar Mendes, después de citar doctrina y jurisprudencia alemana, afirma que la tarea del Supremo es la de fiscalizar la legitimidad constitucional de la actividad legislativa en materia penal, apoyado en el principio de la proporcionalidad, siguiendo, de esa forma, la siguiente máxima: cuanto más intensa sea la intervención legislativa penal en un derecho fundamental, más intenso debe ser el control de su constitucionalidad realizado por el Tribunal Constitucional.

Ésas son las premisas para la construcción de un modelo exigente de control de constitucionalidad de las leyes en materia penal, basado en niveles de intensidad.

Afirmó que frente al artículo 5o., inciso LVII, el que consagra el principio de la presunción de inocencia, la prohibición total de libertad provisoria prescrita por el artículo 21 del Estatuto del Desarme es patentemente inconstitucional.

Además, y por consecuencia, la norma del artículo 21 del Estatuto invierte la regla constitucional que exige la fundamentación para todo y cualquier tipo de prisión (artículo 5o., inciso LXI), en la medida en que directamente impone la prisión preventiva (en verdad, establece una presunción de necesidad de la prisión), alejando la intermediación valorativa del aplicador.

Por fin, no es demás enfatizar la desproporcionalidad de esa regla general de la prohibición de libertad provisoria en los crímenes de posesión o porte de armas. Comparado con el homicidio doloso simple, esa desproporción es evidente. De acuerdo con la legislación actual, el individuo que practica el crimen de homicidio doloso simple podrá responder al proceso en libertad, no estando presentes los requisitos del artículo 133 del CPP; por otro lado, la prisión será obligatoria para el ciudadano que simplemente porta un arma. Se trata, por consiguiente, de una violación al principio de la proporcionalidad como prohibición de exceso.

j) Argumentación de incumplimiento de precepto fundamental. Medida cautelar. Ley 5.250, del 9 de febrero de 1967 —Ley de Prensa— Liminar Concedida por el Relator— Referendo del Tribunal Pleno (MC en ADPF 130-7).

El relator, ministro Carlos Britto en su voto afirmó que el principio constitucional de mayor densidad axiológica y más elevada estatura sistémica, la Democracia, predomina como síntesis de los fundamentos de la República Federativa brasileña. Democracia que, según la Constitución Federal, se apoya en dos de los más vistosos pilares: *a*) el de la información en plenitud y de máxima calidad; *b*) el de la transparencia o visibilidad del Poder, sea él político, o económico, o religioso (artículo 220 de la CF/88).

La Ley 5250/67 no parece sirvienta del padrón de Democracia y de Prensa que salió de las tablas de la Asamblea Constituyente de 1987/88. Sin embargo, la suspensión total de su eficacia acarrea perjuicios a la propia libertad de prensa. Necesidad, por lo tanto, de lectura individualizada de todos sus dispositivos.

Se suspendieron así diversos artículos de la ley de prensa, aplicándose a los procesos en ellos fundamentados, las normas de la legislación común, notadamente el Código Civil, el Código Penal, el Código de Proceso Civil y el Código de Proceso Penal.

El ministro Celso de Mello reconoció que con la Constitución de 1988, se intensificó la libertad de información y la manifestación del pensamiento, y que el ejercicio concreto, por los profesionales de la prensa, de la libertad de expresión, cuyo fundamento residen en el propio texto de la CF, asegura al periodista el derecho de expender crítica, aunque desfavorable, y en tono contundente, contra cualesquiera personas o autoridades.

Afirmó que la libertad de prensa, en tanto que proyección de la libertad de manifestación de pensamiento y de comunicación, se reviste de contenido comprensivo, por comprender entre otras prerrogativas relevantes que le son inherentes *a)* el derecho de informar; *b)* el derecho de buscar la información; *c)* el derecho de opinar, y *d)* el derecho de criticar.

La crítica periodística de ese modo traduce derecho impregnado de calificación constitucional, plenamente oponible a los que ejercen cualquier parcela de autoridad en el ámbito del Estado, pues el interés social, fundado en la necesidad de preservación de los límites ético-jurídicos que deben pautar la práctica de la función pública, se sobrepone a eventuales susceptibilidades que puedan revelar los detentores del poder.

Después de citar precedentes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (casos Handyside y Lingens), afirma que el Estado no dispone de poder alguno sobre la palabra, sobre las ideas y sobre las convicciones manifestadas por los profesionales de los medios de comunicación social, y que esa garantía básica de la libertad de expresión del pensamiento representa, en su propio y esencial significado, uno de los fundamentos en que reposa el orden democrático.

Ninguna autoridad puede prescribir lo que será ortodoxo en política, ni en otras cuestiones que envuelvan temas de naturaleza filosófica, ideológica o confesional, ni establecer padrones de conducta cuya observancia implique restricción a los medios de divulgación del pensamiento. Eso, porque “el derecho de pensar, hablar y escribir libremente, sin censura, sin restricciones o sin interferencia gubernamental” representa, como advierte Hugo Lafayette Black, que integró la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, el más precioso privilegio de los ciudadanos.

Y que según el régimen brasileño, la Constitución, aunque garantizando el ejercicio de la libertad de información periodística, legitima la intervención normativa del Poder Legislativo, permitiéndole —observados determinados parámetros referidos en el § 1o. del artículo 220 de la Ley Fundamental— la emanación de reglas concernientes a la protección de los derechos a la integridad moral y a la preservación de la intimidad, de la vida privada y de la imagen de las personas.

La persona injustamente lesionada tiene la posibilidad de, a posteriori, recibir indemnización por daño material, daño moral o a la imagen.

Que la libertad de prensa no traduce apenas una cuestión meramente técnica, al contrario, representa materia impregnada del mayor relieve político y social, porque concierne a todos y a cada uno de los ciudadanos de la República.

Se sometió a referendo la liminar del relator para suspender diversos dispositivos de la antigua ley de prensa por incompatibilidad constitucional.

Esos los casos que, en nuestro juicio, ofrecen un buen panorama de cómo el Supremo Tribunal Federal en Brasil ejercita el control del poder y contribuye para fomentar el ideal democrático, protegiendo los derechos en mayor o menor intensidad.

Cumple todavía registrar el importante papel que el instituto del *amicus curiae* ha venido desempeñando ante el Supremo Tribunal Federal. La Ley 9.868/99 pasó a permitir que el relator, considerando la relevancia de la materia y la representatividad de los postulantes, pueda, por despacho inapelable, admitir la manifestación de otros órganos o entidades ante el STF.

Esa importante innovación pasó a consagrar, en el control abstracto de constitucionalidad brasileño, esta figura del *amicus curiae*, cuya función principal es juntar a los autos importantes informaciones o pareceres con el objetivo de traer al Supremo Tribunal consideraciones sobre la materia de derecho a ser allí discutida, bien como a respecto de los eventuales reflejos de la decisión sobre la inconstitucionalidad de la especie normativa impugnada.

Esa pluralización del debate constitucional, abriéndolo a varias entidades de la sociedad, sin duda alguna ha traído al Tribunal diferentes perspectivas y visiones acerca de la materia objeto del juicio, democratizando su papel en el contexto del ordenamiento jurídico brasileño.

Tenemos consciencia de que en los casos jurídicos de naturaleza constitucional son discutidas situaciones en las que *diversos órdenes están envueltos simultáneamente*, aunque no sea perceptible al intérprete, en una primera mirada, esta condición.

Por fin, no ignoramos que no es tarea simple realizar interpretación en una sociedad moderna tan compleja como la actual. En una sociedad mundial en que están presentes diversos órdenes jurídicos,¹⁰ el intérprete debe tener la sensibilidad y la mente abierta para captar el momento histórico y traducir fielmente el lenguaje constitucional, transitando de un nivel a otro, buscando en forma abierta y creativa aclarar y construir significados.

Tratando de responder objetiva y sintéticamente la respuesta propuesta. Sí entendemos que la jurisdicción constitucional, en lo que toca a los derechos fundamentales, ha ejercido un control positivo y correctivo de las barreras a la democratización. Sin embargo, se nota un debilitamiento y desprestigio del Poder Legislativo en sus nobles funciones de crear normas y fiscalizar al Ejecutivo por su omisión y un dominio operativo mayor del Poder Ejecutivo en el juego entre los poderes de la República.

Un orden jurídico con alto carácter programático y dirigente, como el brasileño, y con normas genéricas y que carecen de una posterior delimitación, acaba acarreado una continua actividad de construcción de sentido a los principios y normas.

Esa actividad de dar sentido a los principios y normas, en tanto sea de todos los cuantos viven la Constitución, desembocan especialmente en el Poder Judicial y en los tribunales constitucionales en particular.

Las sociedades contemporáneas son pluralistas en términos valorativos y en ellas, diversos grupos y estratos sociales participan del derecho, con demandas y perspectivas muy diversas entre sí. Se afirma, con razón,

¹⁰ Estamos con Marcelo Neves, para quien: “la sociedad mundial se constituye como una conexión *unitaria* de una *pluralidad* de ámbitos de comunicación en relaciones de competencia y, simultáneamente, de complementariedad. Se trata de una *unitas multiplex*. No se confunde con el orden internacional, pues ése se relaciona fundamentalmente con las relaciones entre Estados. El orden internacional es apenas una de las dimensiones de la sociedad mundial”. Y más adelante afirma: “Antes lo que ha ocurrido es un entrelazamiento de órdenes estatales, internacionales, supranacionales, transnacionales y locales, en el ámbito de un sistema jurídico mundial de niveles múltiples, a partir del cual se ha desarrollado el transconstitucionalismo de la sociedad mundial”. Tesis inédita del autor titulada *Transconstitucionalismo*.

que la homogeneidad liberal da lugar a la heterogeneidad del Estado social, caracterizado por una ampliación de la democracia y por la búsqueda de padrones de igualdad material.

Nunca la argumentación jurídica fue tan importante, para que las decisiones públicas que deben estar motivadas, sean sometidas a constantes controles sociales.